

DIREITO, MORAL E POLÍTICA: O DEBATE ENTRE AS CORRENTES PROCEDIMENTALISTA E SISTÊMICA

JUSTICE, MORAL AND POLICY: THE DEBATE BETWEEN THE
PROCEDURALIST AND SYSTEMIC CHAINS

LUIZ HENRIQUE URQUHART CADEMARTORI*

RESUMO

O artigo sustenta-se na idéia de que a crítica procedimental de Habermas à limitação de clausura do subsistema do Direito, formulada por Luhmann não reconhece, por paradoxal que seja, o grau de abertura, admitida por este último, que permite exatamente a interação entre política e direito. A partir do estabelecimento do fator constitucional como chave hermenêutica, é possível compreender que a complexidade do subsistema jurídico não pode prescindir das condições de existência impostas pelo subsistema político. Segundo Luhmann, o equilíbrio histórico dos sistemas sociais e do próprio Estado está vinculado às configurações constitucionais, que definem exatamente a relação entre direito e política, num processo concreto de superação do paradoxo da autoreferenciabilidade.

* Bacharel em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Mestre em Filosofia do Direito e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Possui pós-doutorado pela Universidad de Granada em Filosofia do Direito. Professor dos Cursos de Graduação e de Mestrado em Direito na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí – SC, Brasil. Autor de diversas obras jurídicas de direito público e artigos para periódicos e revistas científicas.



Palavras-chave: Teoria dos Sistemas. Direito Público. Filosofia do Direito.

ABSTRACT

The article is sustained in the idea that the Habermas' procedural criticism to the limitation of the enclosure of the subsystem of Law, formulated by Luhman does not recognize, for paradoxical it may be, the degree of openness, admitted by him, that allows exactly the interection between politcs and law. From the establishment of the constitutional factor as a hermeneutic key, it is possible to understand that the complexity of the juridical subsystem cannot do without the conditions of existence imposed by the political subsystem. According to Luhmann, the historical balance of the social systems and of the own State is linked to the constitutional configurations, that define exactly the relation between law and politics, in a concrete procedure of superation of the paradox of self-reference.

Key-words: Systems Theory. Public Law. Philosophy of Law.

INTRODUÇÃO

A necessidade de estabelecer novas demarcações institucionais entre os territórios da Política, da Moral e do Direito vem gerando algumas incertezas, dentro do contexto brasileiro, nas formas de orientar os campos de atuação dos poderes estatais. Isto se verifica considerando situações-limite onde as fronteiras entre uma ou outra das esferas constitucionais de atividade — legislativa, executiva e judiciária — não estão claramente explicitadas no que se refere às possibilidades de entrecruzamento e graus de influência da esfera de competências de um poder estatal sobre o outro.

Algumas distorções ocorrem, por exemplo, quando se procura estabelecer critérios para orientar o tratamento de questões políticas, ou econômicas, a serem abordadas em decisões judiciais e seus respectivos limites de interferência em assuntos cuja competência precípua é dada ao Executivo ou Legislativo. O mesmo ocorre, também, quando se remetem, essas decisões, a dimensões consideradas externas ao Direito, tais como a dimensão dos valores morais.

A esse respeito existe toda uma tradição positivista, oriunda do pensamento jurídico, que proclama a sujeição do Direito aplicado aos estritos termos da lei, sob uma concepção formalista voltada a conceitos jurídicos abstratos e deduções

lógicas refratárias à realidade social, sempre que as remissões legais se projetem, direta ou indiretamente, aos campos da moralidade, da economia ou da política, por exemplo.

Essas questões definiriam: entre outras coisas, os parâmetros de discricionariedade na atuação dos poderes Legislativo e Executivo, constituindo, assim, um campo de problemas insindicáveis pelo Judiciário posto que estariam protegidos por juízos subjetivos atinentes a questões “extrajurídicas” por serem políticas, econômicas, morais ou culturais, conforme o já afirmado.¹ Trata-se, portanto, de uma concepção doutrinária e jurisprudencial reducionista a qual idealiza três poderes constitucionais, mais do que harmônicos, organizados de forma estanque e rigorosamente fechados nas suas atribuições.

Para tentar elucidar toda esta problemática à luz de novas tendências que constatarem que o aumento de complexidade social não mais comporta uma forma de tratar seus problemas decorrentes a partir de critérios simplistas, isolando cada conflito social a ser equacionado e decidido pelo Direito, em mônadas despidas de fatores políticos, éticos, culturais ou econômicos, se utilizarão duas matrizes teóricas as quais se debruçam sobre o fenômeno do Direito e seus entrecruzamentos com os campos da Moral e da Política. Visando tal fim, se tratará, inicialmente, da concepção procedimental-comunicativa de Jürgen Habermas.

A seguir e considerando as observações críticas do citado autor, se analisará a relação entre as dimensões da Política e do Direito sob a ótica do paradigma sistêmico de Niklas Luhmann, a partir de uma análise sobre a evolução e as implicações do fenômeno constitucional, dentro de tais campos, empreendida por este sociólogo. Tal metodologia será adotada por considerar-se que a Constituição se apresenta, hoje, como uma unidade simultânea de organização política e regulação jurídica nas esferas social e estatal sendo que ambas as esferas também estão permeadas por múltiplos fatores tais como os de ordem econômica, axiológica e cultural dentro de uma arquitetura institucional que ainda não teve todas as suas possibilidades de interpretação e consecução esgotadas.

É precisamente a partir da análise constitucional que a teoria de Luhmann responderá, em parte, à crítica à sua concepção sistêmica do Direito formulada por Habermas, teorias estas que serão objeto de resumida análise e contraposição, neste estudo.

1 Cf. CADEMARTORI, Luiz Henrique. *Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito*. Curitiba: Juruá, 1995, p. 132-140.

1. A CONCEPÇÃO DE LEGITIMIDADE DE HABERMAS

Considerando-se, então, as reflexões de Jürgen Habermas,² ao tratar das relações traçadas entre as dimensões da Moral e do Direito, o filósofo alemão afirma a insuficiência do postulado weberiano segundo o qual, uma suposta racionalidade autônoma e isenta de conteúdo moral inserida no Direito constitui-se, por si só, em fundamento legitimador da legalidade. Em verdade, a sua força legitimadora decorre de mecanismos processuais os quais garantem a institucionalização das argumentações discursivas do Direito.

Para tanto, é preciso desenvolver um núcleo racional, no sentido prático-moral ou da razão prática kantiana, no interior do discurso jurídico e isto será dado ao observar-se como a idéia de imparcialidade da fundamentação das normas e da aplicação das regulamentações desenvolve uma relação construtiva entre o Direito vigente, os processos de legislação e os processos de aplicação do Direito. Visando tal objetivo, o autor propõe uma teoria procedimental da justiça, onde os processos comunicativos revelam-se vitais, sendo que estes ocorrerão, na medida em que se observe um Direito procedimentalista dependente de uma fundamentação moral de princípios e vice-versa.

Disso decorrerá a constatação de que a legalidade somente estará apta a produzir legitimidade na medida em que a ordem jurídica possa reagir à necessidade de fundamentação resultante da positivação do Direito, ou seja, na medida em que forem institucionalizados processos de decisão jurídica permeáveis a discursos morais. Essa forma de entrelaçamento, entretanto, não esgota todo o fenômeno do Direito atual, posto que, este também se relaciona com o campo da Política e, neste caso, algumas diferenciações tornam-se necessárias.

Segundo o entendimento de Habermas³, o Direito por depender da política possui um aspecto instrumental diverso das normas morais, as quais são sempre um fim em si mesmas. De modo diverso, as normas jurídicas também se prestam como meios para atingir fins políticos eis que além de existirem para solucionar — em caráter imparcial— conflitos de ação, como no caso da moral, também se prestam para a efetivação de programas políticos.

Isso significa que o caráter de obrigatoriedade dos objetivos coletivos e das medidas de implementação políticas passa a ser configurado a partir de uma for-

2 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Universitário. 1997, v. II, p. 214 e ss.

3 Idem, p. 218.

ma jurídica. Por ser assim, o autor conclui que o Direito situa-se entre a Política e a Moral e, para tal afirmação, ancora-se em Dworkin,⁴ ao afirmar que o discurso jurídico se constrói não apenas com argumentos políticos visando o estabelecimento de objetivos, mas também com argumentos de fundamentação moral.

Essas conclusões, aliás, não deixam de guardar certas relações de aproximação com as reflexões de Luhmann ao abordar as conexões entre Direito e Política. Entretanto, Habermas formula uma crítica a este autor,⁵ aparentemente, desconhecendo a maneira como Luhmann desenvolve estas formas de interação, o qual considera primordialmente o fator Constituição, subestimado o seu papel em Habermas⁶ para efeito de tais análises, como forma de estabelecer as conexões entre Política e Direito e conseqüentemente, como instrumentode solução recíproca da autoreferenciabilidade paradoxal destes sistemas.

2. A CRÍTICA DE HABERMAS À TEORIA SISTÊMICA DE LUHMANN

A fim de avaliar tais questões, torna-se necessário começar pela descrição da análise empreendida por Habermas, da teoria sistêmica de Niklas Luhmann.

Segundo Habermas,⁷ a teoria de Luhmann vislumbra o Direito como sistema “autopoietico” portanto, como modelo fechado em si mesmo e cujas condições de existência são nele autoproduzidas, ou seja, sem a interferência de outros subsistemas oriundos do sistema social. Tal análise é esquematizada em três características conceituais básicas: a) o dever ser normativo é redefinido a fim de tornar-se passível a uma análise funcionalista; b) como decorrência, o para-

4 DWORKIN, Ronald. *Los derechos en, serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel. 1989, p.154 e ss.

5 Em realidade, as críticas de Habermas dizem respeito a outra obra de Luhmann, (cuja versão nacional é: LUFIMANN, Niklas. *Sociologia do direito — vols. I e II*. Rio de Janeiro: Coleção Estudos Alemães, ed. Tempo Universitário, 1985) aqui não abordada, e que não trata das relações entre Direito e Política no prisma constitucional e sob o enfoque teórico que veio a ser desenvolvido em artigo posterior sob o qual se baseia este estudo.

6 Segundo Habermas, a Constituição, hoje em dia, se apresenta como uma totalidade dinâmica em que os conflitos entre bens particulares e coletivos devem ser solucionados *ad hoc* via princípios superiores e sob uma compreensão holística do fenômeno constitucional. Nesse diapasão se dissolveram as relações hierárquicas entre as normas constitucionais e comuns, sendo que, dependendo do contexto, qualquer elemento particular da ordem jurídica pode ser interpretado de forma diversa a partir da ordem de valores da Lei Fundamental. Isto traz uma antecipação do sentido do todo, via princípios fundamentais, o que geraria grande insegurança jurídica ao dissolver-se o poder apoiado na legalidade da lei e da medida pelo poder apoiado na legitimidade sancionado por intermédio de juízes. HABERMAS, op. cit., p. 211.

7 Idem, p. 222 e ss.

digma positivista passa a ser concebido como um sistema jurídico diferenciado, funcional e autônomo; c) a sua legitimidade é explicada pela via da legalidade, concebida esta como uma espécie de “auto-engano” estabilizador do sistema, necessariamente derivado de um código jurídico apoiado nos elementos binários válido-inválido ou lícito-ilícito e recoberto pelo próprio sistema jurídico.

Não obstante essa constatação, Habermas reconhece que a teoria sistêmica não nega, necessariamente, o fenômeno comunicativo que é gerado no interior dos aparatos parlamentares e tampouco sua influência sofrida pelas esferas pública e política, mas, segundo ele, as descrições de Luhmann quanto a estes fenômenos são apenas constatações da impotência do poder comunicativo. Isto ocorreria porque o sistema político pode prescindir de fontes autônomas do Direito legítimo, após a sua completa positivação.

Ou seja, a política, através de um rumo diverso e sob a configuração de outros sistemas funcionais, tornou-se independente, estruturando-se em um círculo de comunicação fechado em si mesmo. Dessa forma, embora ligado ao sistema do Direito, sendo este o responsável pela garantia da legalidade, o sistema político apóia-se apenas na sua auto-referência, extraíndo de si próprio tudo o que lhe é necessário a fim de legitimar-se.⁸

Pelo que se observa a respeito dessa descrição da teoria sistêmica, elaborada por Habermas, cabe destacar que este autor, ao formular a sua crítica, afirma que, no modelo teórico de Luhmann, o sistema jurídico funciona como sistema parcial, que por produzir-se a si próprio, somente elabora informações exteriores na medida do seu próprio código. Tal fato acarreta, então, um paradoxo, sendo este desencadeado a partir do conceito de regra de reconhecimento oriunda da teoria jurídica de Herbert Hart,⁹ segundo o qual, aquilo que é observado externamente (ao sistema jurídico) e que se apresenta, então, como fato social, característica emergente ou prática costumeira contingente, torna-se critério de validade quando visto a partir de dentro do mesmo sistema.

O paradoxo se explicita, então, na seguinte situação, considerando os fundamentos de validade do direito positivo: se a função do Direito é a de estabilizar expectativas de comportamento generalizadas, como quer Luhmann, como poderá essa mesma função ser preenchida por um direito vigente passível de modificação, a qualquer momento, por uma simples decisão do legislador político? Pelo que se observa, a solução deste paradoxo pressuporia alguma forma de conexão

8 HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p.73

9 Cf. HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1961.

estabilizador ou interação momentânea entre as instâncias política e jurídica, algo que, na crítica de Habermas, não seria admissível segundo a concepção sistêmica e auto-referencial de Luhmann. Ocorre que, ao contrário do que sustenta o filósofo alemão, a teoria de Luhmann admite tais interações sem, no entanto, comprometer o seu modelo sistêmico e autopoietico.

Para tanto, o elemento-chave que soluciona o paradoxo da auto-referenciabilidade de sistemas fechados tais como o Direito e a Política, segundo Luhmann, se remeterá à Constituição, concebida como uma espécie de interface entre os sistemas. A partir dessa constatação, o sociólogo alemão passa a analisar a Constituição como fenômeno histórico e evolutivo, perscrutando as razões do seu advento e, mais tarde, o entrecruzamento das suas dimensões Política e de Direito, bem como suas especificidades.

Para descrever, então, essa investigação, torna-se necessário uma incursão pelos estudos de Niklas Luhmann¹⁰ a respeito do fenômeno constitucional na sua evolução histórica e seus desdobramentos no âmbito atual. E de se destacar como um dos importantes aspectos das reflexões deste autor, a esse respeito, as conexões traçadas entre Política e Direito, a partir de um paradigma constitucional que dispensa, tanto uma explicação jusnaturalista, quanto totalitária ou ainda voluntarista a respeito de tais relações.

3. A TEORIA SISTÊMICA DE LUHMANN E O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO

A tese do autor sustenta um percurso evolutivo da Constituição a partir de um complexo mecanismo baseado em processos de variação, seleção e estabilização adequados às mutações pelas quais passa o Estado no seu devir histórico como forma de garantir o equilíbrio de todo o sistema social, ou seja, adaptando-se evolutivamente ao aumento e variação de complexidade deste. Partindo de uma análise histórica sobre a origem do constitucionalismo, o autor questiona a concepção vigente de que a Constituição, no seu sentido moderno, teria nascido apenas no século XVIII, tendo como fato desencadeador a necessidade de tutela dos direitos individuais mediante a limitação do poder estatal.

Com efeito, na Inglaterra, onde não se verifica o surgimento de uma Constituição nesse sentido, o elemento citado sempre fora destacado. A rigor, estudan-

10 LUHMANN, Niklas. La Costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (Org.) *I / Futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996, p. 83-128.

do-se esse fenômeno à luz da sua linguagem, na história desse conceito surgem várias tradições. Esquemáticamente podem ser distinguidos dois usos do termo *constitutio* um uso lingüístico jurídico e um uso ético-político ou jusnaturalista.

Na jurisprudência, o termo *constitutio* referia-se a decretos de direito positivo com força de lei, no equivalente inglês de *statute* ou *ordinance*. Na linguagem política, este termo que também pode ser mencionado como *constitution*, dizia respeito à estrutura ou constituição corpórea, seja do corpo humano ou do corpo político.

Ainda nessa segunda acepção, a constituição do corpo segundo uso ainda atual, pode ser medida. pelos critérios de saudável / doente, o que teria, segundo Luhmann, estimulado movimentos sectários a atacarem a Igreja e o Estado, atingindo-lhes as respectivas constituições. Com os conflitos políticos e religiosos da Inglaterra no século XVII, o uso do termo *constitution* tornou-se corrente sem, entretanto, traduzir-se em uma forma juridicamente aplicável.

Aponta-se como marcos históricos de inovação lingüística do termo constituição, as Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789) as quais, no entanto, terminaram por confundir tradição jurídica com tradição política. Em outros termos, ambas as terminologias se interpenetraram na medida em que tornou-se necessário lidar com uma nova fixação jurídica da ordem política já que consideravam a esta como ordenamento jurídico.

No que se refere ao contexto da América, até o final do século XVIII, não existia, no âmbito local, nenhuma outra forma de administração além dos tribunais o que justificava a distinção entre *judge* e *jury*, mas não a distinção entre Política e Direito ou ainda entre jurisdição e administração, vale dizer, Política e Direito se constituíam em um único sistema sendo o Direito a forma de reação aos inconvenientes políticos tais como o perigo de recair no estado de natureza.

Mesmo considerando-se o contexto da sua revolução, a América a partir de tal evento, passou a basear-se na idéia — de origem medieval — segundo a qual não era lícito ao soberano violar o Direito. Em realidade, verificou-se todo um processo de mudanças e adaptações institucionais que veio a culminar, com o advento do século XIX, no chamado Estado Legislativo¹¹ em que toda a potência soberana do príncipe absolutista transferiu-se para o Parlamento sob um ordenamento que reduziu o Direito à Lei e conseqüentemente submeteu a ela, todas as outras fontes do Direito.

11 Conferir o desenvolvimento do conceito de Estado Legislativo, seus antecedentes, evolução e superação rumo ao chamado Estado Constitucional em ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 1995.

Nesse contexto, o princípio da legalidade exprimia a idéia da lei como ato normativo supremo e irresistível e, por isto mesmo, não sendo possível a oposição a ela de nenhum alegado direito, independente do seu fundamento ou forma. Assim é que em todas as manifestações desse novo Estado de Direito, a lei se apresentava como expressão da centralização do poder político, sem considerar as suas determinações históricas, posto que a força da lei vinculava-se a um Poder Legislativo com capacidade de decisão soberana em nome de uma função ordenadora geral e abstrata.

Diante desse quadro, o dado original que um segundo salto evolutivo da Constituição no seu sentido moderno, iria inaugurar — com o advento do chamado Estado Constitucional como superação do Estado Legislativo — viria a ser o seu poder de limitar juridicamente, as possibilidades de ação de qualquer outro órgão do Estado, inclusive o próprio Parlamento. Se mesmo em épocas passadas já se verificava a existência de leis importantes e até fundamentais, de outra parte, não se constatava a existência de uma Lei tida como medida de conformidade ao Direito de todas as outras leis e atos normativos. Observar-se-á, então, em esquemática retrospectiva, as diferentes fases evolutivas da Constituição, até chegar a esse ponto.

Considerando-se a situação histórica anterior, até metade do século XIV no interior dos órgãos de poder consultivos, eram debatidas questões organizacionais que não se revestiam de um nível constitucional. As regras fundamentais quanto à sucessão dinástica, por exemplo, sim o eram, e não pairavam dúvidas sobre o fato de o monarca obrigar-se a respeitar o Direito no seu exercício de poder.

Ocorre que, ao mesmo tempo, lhe era lícito modificar ou derogar esse mesmo Direito, posto que, a própria retórica da soberania lhe oferecia formas de legitimidade para tanto, situação esta que conduziu a um paradoxo da soberania com poder ilimitado de autolimitação, questão esta a ser abordada mais adiante. Partindo-se desse quadro, a novidade evolutiva da Constituição, consistiu na crescente importância que esta, em um processo histórico paulatino, passou a conferir à legislação, a qual, na Inglaterra, levou ao reconhecimento da soberania do Parlamento (com a consolidação do Estado Legislativo, já observado) e no continente, a desautorização da idéia de uma concentração nas mãos do monarca, dos poderes de jurisdição e legislação. Isso conduziu, também o continente, a essa nova forma de Estado, no qual se tornou evidente a subordinação da jurisdição à legislação, bem como à redução do sistema jurídico a uma diferença assimétrica entre Poder Legislativo e Poder Judiciário (com a predominância do primeiro

sobre o segundo, conforme já se viu) culminando este processo na positivação de todo o Direito.¹²

Todo esse processo, em verdade, terminou por gerar uma confusão maior, tanto para a dimensão da Política como para a dimensão do Direito. Ocorre que, a partir desse momento, a jurisdição passou a submeter-se à pretensão política da soberania, sendo que esta deslocou-se do Monarca para o Parlamento tal como já apontado no Estado Legislativo.

A fim de equacionar esse problema e a sua forma de solução através da Constituição como aquisição evolutiva que restabeleceu os canais de comunicação entre duas dimensões sob uma organização difusa, a saber: Política e Direito, Luhmann vislumbra a consolidação de dois sistemas distintos.

4. O ACOPLAMENTO ESTRUTURAL ENTRE POLÍTICA E DIREITO

Nessa medida, constata que no interior do sistema jurídico, internamente fechado, desenvolveu-se uma complexidade própria que não pôde renunciar à distinção entre jurisdição e legislação a qual não é controlável nem mesmo pela vontade política que, por sua vez, também encerrou-se em outro sistema. E precisamente em função disso que persistiu o problema da soberania (como detenção e exercício de poder), posto que ela se alojou no interior do sistema político. O problema consistiu na verificação de entraves de auto-referencialidade que também afetaram o sistema jurídico.

Explicando melhor: nenhum sistema, segundo Luhmann, pode nascer e se reproduzir em bases exclusivamente auto-referenciais. Isto significa que, todo sistema fechado se caracteriza por apresentar uma fundamentação paradoxal. Em outros termos, Luhmann afirma que todos os sistemas autológicos são caracterizados por uma circularidade fundamental e pela impossibilidade de se reintroduzir operativamente a unidade do sistema no seu interior.

12 A esse respeito, Bobbio afirma que o positivismo jurídico surge quando o “direito positivo” e o “direito natural” não mais se identificam como direito, dentro de um contexto sociopolítico que antes admitia ambos, mas, a partir da sua consolidação, o direito positivo passa a ser o único direito considerado em sentido próprio. Ou seja, por obra do positivismo jurídico se opera a redução de todo o direito a direito positivo sendo o direito natural excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. A partir desse contexto, O acréscimo do adjetivo “positivo” ao termo “direito” torna-se, então, um pleonismo. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 26.

Com base nisto, conclui que os sistemas Político e do Direito, por apresentarem tais características, deles também decorrem tais efeitos. No âmbito do sistema político, a fórmula da soberania se expressa em uma tautologia que afirma: “eu decido como decido”. Caso se queira acrescentar uma negação a isto, surge então um paradoxo, qual seja, “eu decido sem vínculos com efeitos vinculantes, inclusive para mim a partir do momento em que faço parte do sistema”.

No modelo incipiente de Estado, a soberania ilimitada do sistema político, tornou-se independente do sistema jurídico. Nesse contexto, o sistema político agia tanto conforme o Direito quanto em desacordo a ele. Esta situação poderia agravar-se ainda mais, caso houvesse a transferência da soberania do monarca para o povo.

Por essa razão é que, somente após a perda do rei absolutista, se passou a buscar a proteção na Constituição. Diante disso, o paradoxo da soberania não foi acolhido em detrimento do direito positivo mas, ao contrário, resolvido por seu intermédio. Tal situação passou a demandar toda uma reengenharia institucional do Estado na medida em que se criaram unidades de ação dotadas de competências próprias; organizando-se a separação de poderes e estabelecendo-se formas de conexão entre os cargos estatais, os quais passaram a subordinar-se a uma adequação ao Direito nas suas decisões e isto, por seu turno, requereu tribunais constitucionais para dirimir conflitos, no âmbito do sistema jurídico.

O sistema do Direito, por sua vez, modelou-se e, ainda hoje, apresenta-se sob um código binário direito / não-direito ou lícito / ilícito) dentro do qual não se questiona o fundamento de validade do próprio código. Em realidade, o sistema jurídico não faz nada além do que desenvolver sua função de distinguir, através de várias operações, o Direito do não-Direito, sendo que esta última categorização (aquilo que não é Direito), ao mesmo tempo em que deveria ser colocada fora do sistema, posto que o nega, é estabelecida dentro dele e é neste ponto que reside o seu paradoxo. Ou seja, as operações desse sistema jogam dentro de uma lógica de exclusão e inclusão sem permitir que se postule se o próprio código é ou não Direito e essa forma de reagir é que lhe confere sua positividade.

Esta categoria é que afirma a autodeterminação operacional do Direito, ao contrário de teorizações que pretendem fundamentar sua validade através de um ato de arbítrio político (Carl Schmitt)¹³ ou mesmo sob uma fundamentação extra-sistêmica tal como o apelo a uma norma hipotética fundamental (Kelsen)¹⁴ apontada por Luhmann como uma construção teórica supérflua. Portanto, caso se

13 SCHMITT, Carl. *Teoria de la constitución*. México: Nacional, 1981.

14 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

queira conhecer o direito vigente, não há que se apelar à Política e sim ao próprio Direito. Isto será possível independente do reconhecimento de que, tal como no passado, o sistema jurídico continua a exigir instâncias reguladoras superiores tais como a esfera política, o Estado, o Povo, a Natureza ou a Razão, mas estas passaram a assumir uma relevância absolutamente secundária.

Entretanto, como já se observou, tais sistemas fechados apresentam como limites às suas fundamentações, situações paradoxais. O salto evolutivo da Constituição neste novo contexto reside, precisamente, em tornar possível uma solução jurídica para o problema da auto-referenciabilidade do sistema político e uma solução política para o problema autológico do sistema do Direito. Em outros termos, percebe-se, agora, a necessidade de desativar os paradoxos e assim, reconquistar a possibilidade de uma observação externa dos sistemas.

Dessa forma, o paradoxo da limitação da soberania ilimitada ou o paradoxo jurídico do código direito/ não-direito, generalizado sob a forma constitucional/ inconstitucional devem ter sua auto-aplicação bloqueada o que levará a pressupor, no caso do Direito, uma instância extrajurídica — fora da equação autológica — a qual, no novo contexto estatal se apresenta como um povo politicamente unido. Já, no campo político, caso ele queira alcançar sucesso, não poderá desconsiderar o aparato jurídico, posto que este, através de uma legislatura politicamente influenciável, deverá ajustar-se às contínuas pressões oriundas da política e reenviar a ela diversos dados para sua modificação.

O processo acima descrito somente poderia funcionar através de uma nova mudança evolutiva constitucional a qual veio a superar o seu estágio anterior onde se verificava uma rigorosa hierarquia na arquitetura do sistema sob o contexto do positivismo clássico, característico do Estado Legislativo. No contexto *jus-político* atual, com o aumento da complexidade do Estado Constitucional, torna-se obrigatória uma nova conformação sistêmica visando reduzir a complexidade, em que se observa a passagem de uma ordem hierárquica para uma ordem heterárquica, abandonando, assim, os modelos “supra” e “infra”; “sobre” e “sob”, pois que agora, é preciso lidar com subsistemas sociais parciais e acoplados de forma limitada, cujos acoplamentos não obedecem tal ordem hierárquica.

Para entender esse processo, é preciso observar a dinâmica do acoplamento de sistemas, no caso dos subsistemas sociais Político e do Direito. Os acoplamentos estruturais fundamentam-se na inevitável simultaneidade de funcionamento dos sistemas sendo que os subsistemas social, político, econômico e jurídico, por exemplo, manifestam-se simultaneamente, cada qual no seu ambiente interno.

Os sistemas do Direito e da Política, os quais, quando situados no ambiente social maior são chamados de subsistemas do sistema social, já se encontram adaptados considerando a existência de uma Constituição e a partir dessa base comum, procedem de forma análoga. O acoplamento funciona como uma espécie de intersecção entre subsistemas sociais autoreferentes situados no ambiente social maior. Tais acoplamentos entre os subsistemas no ambiente são absolutamente compatíveis com o seu fechamento operacional o que pressupõe, a cada acoplamento, uma troca de dados decorrentes dessas “perturbações” no interior de cada um não comprometendo sua integridade estrutural, ou seja, sistêmica, fechada e auto-referencial.

Observa-se que o sistema jurídico, em função desses acoplamentos, tolera um sistema político tendente a uma configuração de Estado regulador o qual não deixa passar tudo aquilo que possa se submeter às suas próprias operações. O sistema político, por seu turno, e em função do mesmo acoplamento, tolera um sistema jurídico que continuamente lida com processos autônomos protegidos da interferência política, tão logo a questão direito/ não-direito ou lícito/ ilícito se apresente.

Estas descrições resumem uma teoria dos sistemas operacionalmente fechados, porém, incidentalmente suscetíveis a perturbações de sistemas outros através da lógica dos acoplamentos, mais do que uma teoria que afirme determinações recíprocas entre sistemas, posto que cada um possui uma lógica operacional que lhe é própria.

Por ser assim, Luhmann compara as relações entre sistemas, tais como a Política e o Direito, a bolas de bilhar. Apesar da contínua frequência com que se chocam, cada uma continua a percorrer o seu caminho em separado. Isto, segundo o autor, revela-se mais exato se compararmos a gêmeos siameses somente capazes de se mover conjuntamente.

Depreende-se disso que a Constituição na sua conformação evolutiva atual apresenta-se como uma interface a comunicar dois mundos (político e jurídico), sempre que problemas limites de fundamentação — o que poderia corresponder, dependendo das circunstâncias, a problemas de legitimação como, por exemplo, em Habermas — em cada um deles não possam ser encaminhados internamente, ou seja, sob sua exclusiva lógica operativa.

Estas implicações entre Direito, Política e seus parâmetros de fundamentação, são abordados por Habermas a partir, precisamente, do prisma da legitimidade e não como forma de solucionar o paradoxo de sistemas fechados. Entretanto, tais interações entre Política e Direito, segundo este filósofo, não se resolvem, em termos de garantias de legitimidade ou soluções de paradoxos reciprocamente distribuídas, sem considerar para tanto, uma base de fundamentação moral.

Esta constatação, inclusive, serve como base para uma formulação crítica, a esse respeito, direcionada ao modelo luhmanniano, na medida em que, segundo Habermas, a idéia de uma autolegitimação da instância política a partir do aparato estatal passa a sofrer “rachaduras” a partir do momento em que a teoria sistêmica confronta-se com a tarefa de pensar uma teoria do Estado sob a perspectiva de uma sociedade eticamente responsável e responsável pela ética.¹⁵ Explicitando melhor esta questão, ainda na esteira da concepção habermasiana, com o advento da modernidade, o Direito correria o risco de reduzir-se à política caso suas normas estivessem apenas condicionadas às ordens do legislador político.

Caso isto ocorresse, o próprio conceito do político se diluiria. Assim sendo, o poder político não mais poderia ser concebido como poder legitimado pelo Direito na medida em que um Direito inteiramente posto à disposição da Política, perderia sua força legitimadora.

A partir do momento em que se remete a noção de legitimação a um produto oriundo e consubstancial à Política, *forçarmo-nos a abandonar nossos conceitos de Direito e de Política*,¹⁶

Situação análoga se percebe ao observar-se esta questão sob o prisma do Direito, no qual se tenta verificar se o positivismo poderia manter a sua normatividade em caráter auto-suficiente, isto é, pela via de um dogmatismo totalmente independente da Política e da Moral.

A resposta dessa questão é a de que: caso se pretendesse desvincular a noção de validade do Direito das noções de justiça que se colocam além das disposições legislativas — ou seja, questões oriundas do campo da moral — a tentativa de configurar o Direito sob tal conformação, tornar-se-ia por demais difusa. Isso ocorreria em razão de que, sob tal contexto, perder-se-iam os pontos de vista legitimadores que equacionam o sistema jurídico visando manter uma estrutura de irradiação do Direito.

Entretanto, a forma como se entrecruzarão as instâncias da Moral e do Direito não mais obedecerá os parâmetros típicos do paradigma jurídico anterior, qual seja, o do jusnaturalismo racional, em que o Direito é concebido como uma série de normas metafísicas, suprapositivas e, portanto, axiológicamente imutáveis.

No âmbito do Direito contemporâneo — sob o paradigma do positivismo atual, o qual, para alguns juristas, pode ser chamado de pós-positivismo — a Moral emigra para este Direito sem perder sua identidade. Não obstante isto, a

15 WILKE, H. *Ironie des Staates*, Frankfurt/M, 1992, p. 12. *Apud* HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 73.

16 *Ibidem*

moralidade que, ao contrário de se contrapor, se estabelece no âmago do Direito, assume uma natureza procedimental.

Sob essa nova roupagem, a moralidade abandona todos os seus conteúdos normativos pré-determinados e sublima-se em processos de fundamentação e de aplicação de possíveis conteúdos normativos. É precisamente nessa relação dinamicamente concebida que o Direito e a Moral, agora procedimentalizada, podem controlar-se mutuamente.

Analisando esse fenômeno, Habermas constata que, nos discursos jurídicos, o encaminhamento argumentativo de questões práticas e morais é domesticado, em certo sentido, pelo encaminhamento da institucionalização do Direito sob o qual as questões morais passam a sofrer limites.

Tal sistemática de limitações, a partir de parâmetros processuais, é esquematicamente formulada nos seguintes tópicos: a) metodicamente, através das conexões morais com o Direito vigente; b) objetivamente, no que diz respeito aos temas e encargos de prova; c) socialmente, na medida em que são traçados pressupostos de participação, imunidades e distribuição de papéis; d) temporalmente, no que se refere à fixação de prazos de decisão.

Em resumo, pode-se dizer que, para Habermas, um dado ordenamento jurídico não pode auferir uma forma de autonomia sistêmica que o isole de um tipo de fundamentação baseada, institucionalmente, em argumentações morais, o que, caso ocorresse, somente deixaria para o Direito um tipo de autonomia sistêmica nos moldes da teoria de Luhmann. Segundo a sua concepção, o sistema jurídico não possui uma autonomia somente para si mesmo, ou seja, fechada. Em realidade, o sistema somente se concebe como autônomo, na medida em que os diversos processos institucionalizados tais como os da legislação e jurisdição, possam garantir uma formação imparcial da opinião e da vontade, o que daria vazão à entrada de uma racionalidade moral e procedimental nos âmbitos do Direito e da Política em que não será possível o advento de um Direito autônomo sem a consolidação da democracia como modelo de organização social e político.

Não obstante essa crítica ao modelo sistêmico, é preciso ressaltar que ela procede quanto à negativa do papel da moralidade, subtraída aos mecanismos de estabilização de expectativas generalizadas, segundo as concepções de Luhmann a respeito do sistema do Direito, bem como dos mecanismos de aprendizagem e aceitação de decisões judiciais.¹⁷

17 Cf. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

Contudo, estabelecendo-se uma linha de comparação entre o modelo sistêmico de Luhmann e a teoria procedimental-comunicativa de Habermas, pode-se encontrar alguns pontos de convergência, no que se refere ao aspecto processual, utilizado por ambos os autores para admitir as inter-relações entre Direito, Moral e Política, conforme o já observado em Habermas, e como se verá no modelo teórico de Luhmann: Direito, Economia e Política.

Para tanto, torna-se necessário retomar as digressões do sociólogo alemão a respeito das trocas de informações decorrentes dos acoplamentos sistêmicos, conforme já vinha sendo observado. Para Luhmann, o mecanismo que viabiliza a troca de dados, quando do acoplamento sistêmico, sem desestabilizar toda dinâmica do sistema social maior, consiste nos diversos procedimentos comunicativos previstos no próprio ordenamento estatal e configurados como processos judiciais, administrativos e políticos, por exemplo. Também com os demais sistemas parciais, o fenômeno se verifica como resposta a um aumento crescente de complexidade social o qual requer mecanismos de redução de complexidade visando à manutenção do equilíbrio no ambiente.

Como exemplo do que foi dito, pode-se observar que além das dimensões política e jurídica nas quais as interações são possíveis, constata-se que o Estado contemporâneo renuncia à possibilidade de subtrair diretamente da economia recursos politicamente condicionados e, através do acoplamento estrutural entre os sistemas político e econômico, cria o instrumento jurídico da tributação, o qual por estar instituído pela Constituição, torna-se juridicamente controlável ao mesmo tempo em que preserva a *autopoiesis* do sistema econômico, isto é, as condições de integridade e auto-reprodução desse sistema.

Isso ocorre porque delega-se ao sistema jurídico a competência de controlar sobretributações, superfaturamentos, ou o volume de divisas que entram ou saem, ou ainda, as taxas de juros as quais tornam-se passíveis de gerar problemas políticos de base econômica tais como inflação ou fuga de empresas e capitais, por exemplo.

Diante do constatado em toda essa dinâmica, deve pressupor-se uma diferenciação funcional através da separação e recíproca impermeabilização dos acoplamentos estruturais entre os sistemas jurídico, político e econômico. Ao mesmo tempo, esta dinâmica implica uma alta probabilidade de aprendizado nessas trocas de dados nos momentos de perturbações estruturais.

Explicitando melhor, pode-se dizer que os sistemas afetados ativam sua memória a fim de observar o ambiente do sistema a eles acoplados, sendo que as perturbações atribuíveis a ele podem ser, então, facilmente interpretados e re-

solvidos com a ajuda da memória. Essas mesmas perturbações são reguladas ou normalizadas direcionando-se rumo às alternativas disponíveis.

Exemplificando este fenômeno nos sistemas Político e do Direito, Luhmann afirma que a permanente exposição aos impulsos políticos na criação de novas leis pode ser equacionada pelo sistema jurídico seguindo as regras da própria legislação a qual não tolera tudo o que seria desejável no plano político. A política pode tolerar mais facilmente as perturbações produzidas na forma de decisões jurídicas; a declaração de inconstitucionalidade de uma dada lei (politicamente importante), por exemplo, e pode somar-se a isto, a título de exemplificação para o contexto brasileiro os casos de leis em que ocorram crimes de responsabilidade fiscal ou responsabilidade política, ou ainda, de improbidade administrativa cujo caráter de interferência e regulação dos âmbitos político e econômico é consideravelmente alta.

Portanto, dentro da dinâmica dos acoplamentos estruturais, tais distúrbios ocorrem como sendo algo “familiar” posto que se configuram como problemas para os quais já existem soluções previstas, aplicáveis de forma plausível e mantendo regulado o equilíbrio sistêmico. É importante ressaltar que toda essa marcha evolutiva constitucional também terminou por configurar-se em um modelo democrático estruturado em um conjunto variado de regras e procedimentos. Eles permitem o entrecruzamento de esferas tais como as jurídica e política sem desestabilizar o sistema no seu todo e, ao mesmo tempo, garantindo a participação em grau razoavelmente paritário dos interessados em cada conflito da esfera social. Saliente-se que, por óbvio, tal modelo de democracia ainda apresenta muitas distorções o que nada mais é do que um efeito sintomático de um processo evolutivo que, como tal, não é um dado pronto e acabado.

CONCLUSÕES

De qualquer modo, tal paradigma procedimental e de mobilidade sistêmica representa um melhor mecanismo de equilíbrio institucional em relação a modelos caracterizados por exigências obtidas de forma excessivamente direta. Isto ocorreria em um sistema puramente ou predominantemente plebiscitário em que as garantias de cidadania básicas pudessem ser flexibilizadas ou negociadas ao sabor de vontade de maiorias contingentes manipuláveis por líderes políticos carismáticos, tradicionais ou mesmo totalitários, fenômenos ainda muito presentes em alguns âmbitos nacionais.

Todas essas reflexões, enfim, podem servir como suporte racional para uma definitiva superação de um modelo institucional jurídico-político como o brasileiro, em que ainda se colocam barreiras intransponíveis as decisões judiciais que adentrem em aspectos políticos ou econômicos, ou ainda, que considerem valorações morais, no controle de atos advindos de outros poderes, mesmo quando normas processuais constitucionais e infraconstitucionais garantem a integridade da troca de dados entre sistemas diferentes. Em realidade, verifica-se, nestas situações, distorções em direções opostas. Ou se tem uma indevida interferência entre medidas judiciais sob mascarada influência política ou econômica por não estarem caracterizadas constitucionalmente tais trocas sistêmicas de dados jurídicos, econômicos ou políticos, ou por motivos variados, opera-se a total cisão entre tais esferas, mesmo quando configura-se uma situação de acoplamento estrutural.

Ante tais situações pode-se operar, agora, com uma observância racional sobre as medidas de influência efetivadas nos diversos campos de atividade social e as decisões judiciais a partir de um novo paradigma constitucional, bem como pela observância de uma consciência moral a qual, no dizer de Habermas, submete o Direito vigente a princípios transpostos para um nível de racionalidade procedimental. Cabe ressaltar que é, precisamente no ordenamento constitucional onde residem, de forma suprema e auto-aplicável, tais princípios baseados em valores *jusfundamentais* e cuja operatividade — a partir de toda uma nova corrente principiológica — já vem sendo desenvolvida, tanto na jurisprudência, como também em diversos trabalhos doutrinários, por parte de juristas brasileiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996.

CADEMARTORI, Luiz Henrique. *Discrecionalidade administrativa no estado constitucional de direito*. Curitiba: Juruá, 2001.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona; Ariel, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1972.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Gustavo Bayer. Brasília:

Universidade de Brasília, 1980.

_____. *La Costituzione come acquisizione evolutiva*. In: ZAGREBELSKY, Gustavo;

PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (Org.). *IL Futuro della Costituzione*. Torino:Einaudi, 1996.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. México: Nacional, 1981.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.